

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

NOVA SCHOOL OF BUSINESS AND ECONOMICS

Isabel dos Santos Fidalgo – 004903 –

## ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS:

### ALCANCE DA SUCESSÃO DE REGIMES

JUNHO 2018

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR GUSTAVO LOPES COURINHA

## ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS:

### ALCANCE DA SUCESSÃO DE REGIMES

#### SUMÁRIO EXECUTIVO

O regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos tem vindo a assumir, ao longo dos tempos, um lugar cimeiro na hierarquia dos temas fiscais que mais impacto têm na vida das organizações e grupos económicos.

É, muitas vezes, em função das suas concretas especificações que se promovem reorganizações societárias ou se seleccionam as jurisdições de intervenção comercial.

Sendo assim, é imperativo um perfeito alinhamento *Administração/ Administrado* ao nível da interpretação do regime, atendendo à sucessão de leis operada desde a sua previsão original, quer no que diz respeito aos seus alcance e finalidade, quer, principalmente, no que diz respeito aos respectivos requisitos legais de acesso.

Ora, analisadas as intervenções legislativas nesta matéria, focou-nos a atenção uma dúvida interpretativa a respeito de um dos momentos da sucessão de leis em matéria de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, que, de tão crucial para

a boa compreensão da construção histórica do regime, pareceu-nos dever dar lugar a uma análise de maior detenção e a uma conclusão doutrinária, em auxílio dos muitos processos administrativos e contenciosos que a partir dela têm vindo a ser gerados.

Com efeito, propomo-nos trabalhar, na presente dissertação, além da elucidação da sucessão de leis ocorrida em território nacional e do propósito do regime e conceitos nele mobilizados, o esclarecimento daquele que, na nossa perspectiva, se oferece como o melhor sentido para o que configurámos como o *requisito objectivo* de acesso ao regime – confinante com a noção de *tributação efectiva* –, especificamente no intervalo temporal que mediou a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho e o início de vigência da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro.

## ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS:

### ALCANCE DA SUCESSÃO DE REGIMES

#### ÍNDICE

- a) O regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos: a legislação relevante e a sua evolução histórica
- b) O propósito do regime
- c) Problemas interpretativos suscitados na sucessão de leis
- d) A relação de dependência entre o artigo 51.º do Código do IRC, na redacção da lei anterior à entrada em vigor da Lei n.º 2/14, de 16 de Janeiro, e a Directiva 90/435/CEE
- e) A correcta interpretação do regime previsto nos n.ºs 1, 5 e 10 do artigo 51.º do Código do IRC (sob análise) e do conceito de «*tributação efectiva*»
- f) Aplicabilidade prática dos problemas interpretativos assinalados: um caso concreto

## ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA DOS LUCROS DISTRIBUÍDOS:

### ALCANCE DA SUCESSÃO DE REGIMES

#### a) O regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos: a legislação relevante e a sua evolução histórica

O regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos actualmente constante do artigo 51.º do Código do IRC foi incluído logo na versão originária deste diploma (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro), então no artigo 45<sup>o1</sup>.

---

<sup>1</sup> Na Lei de Autorização Legislativa n.º 106/88, de 17 de Setembro, no artigo 26.º n.º 4, foi concedida ao Governo a possibilidade de “(...) incluir no IRC desagravamentos fiscais de carácter estrutural”. A este propósito, Nuno SÁ GOMES considera que as “isenções fiscais destinadas a evitar a dupla tributação [que], em rigor, são desagravamentos estruturais”, dado que se tratam de “medidas deliberadamente instituídas para evitar a dupla tributação, interna e internacional, incidindo sobre a mesma matéria colectável”. Para este autor, as isenções fiscais são, assim, “juridicamente equivalentes a outros desagravamentos estruturais que não se apresentam formalmente como benefícios fiscais, sendo meras técnicas para

No n.º 1 desta norma estipulava-se que,

*“[p]ara efeitos da determinação do lucro tributável será deduzida uma importância correspondente a 95% dos rendimentos, incluídos na base tributável, correspondentes a lucros distribuídos por entidades com sede ou direcção efectiva em território português, sujeitas e não isentas de IRC ou sujeitas ao imposto referido no artigo 6.º [imposto especial de jogo], nas quais o sujeito passivo detenha uma participação no capital não inferior a 25%, e desde que esta tenha permanecido na sua titularidade durante dois anos consecutivos ou desde a constituição da entidade participada, contentos que neste último caso a participação seja mantida durante aquele período”.*<sup>2</sup>

---

*evitar a dupla tributação” – cfr. Nuno SÁ GOMES, Teoria Geral dos Benefícios Fiscais, Ciência e Técnica Fiscal n.º 359, pp. 46 e ss.*

<sup>2</sup> O sentido desta norma foi clarificado através das Circulares com o n.º 22/90, de 03 de Abril de 1990, e n.º 4/91, de 30 de Janeiro de 1991, ambas da Direcção de Serviços de IRC, em particular por esta última, que clarificou que “a isenção deve reportar-se às entidades e não aos rendimentos, o que sublinha a sua natureza subjectiva.”.

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 442-3/88, de 30 de Novembro, que aprovou o Código do IRC, no ponto 13 lança luz sobre o sentido da norma que viria a ser aprovada, ao referir<sup>3</sup>:

*“Na estrutura do IRC, uma das questões nucleares é da dupla tributação económica dos lucros colocados à disposição dos sócios (...). A solução geral consiste numa atenuação da referida dupla tributação, tendo-se principalmente em consideração a necessidade de desenvolvimento do mercado financeiro e a melhoria na afetação dos recursos. Sendo várias as técnicas adotadas pelas legislações estrangeiras para concretizar essa solução, salienta-se, porém, a do crédito do imposto, que é, aliás, a preconizada numa proposta de diretiva (...). Foi nessa linha que se adotou um sistema de integração parcial. Este sistema é também extensivo aos lucros distribuídos por sociedades a sujeitos passivos do IRC. No entanto, quanto aos lucros distribuídos por sociedades em que outra detenha uma participação importante, mas que ainda*

---

<sup>3</sup> Neste ponto do preâmbulo do Decreto-Lei que aprovou o Código do IRC, é manifesta a preocupação em torno da dupla tributação económica dos lucros distribuídos e qual o método a adoptar para atenuar/eliminar a dupla tributação económica. Para António ROCHA MENDES e Miguel CORREIA, a opção entre os métodos (de isenção e de crédito ou imputação) é determinada por factores de política fiscal – *cf.* António ROCHA MENDES e Miguel CORREIA, *Alterações aos mecanismos para evitar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos e o seu impacto no comportamento das empresas*, Fiscalidade n.º 42, pp. 73 e ss..

*não permita a tributação pelo lucro consolidado, considerou-se insuficiente uma mera atenuação, adotando-se, na linha de orientação preconizada em algumas legislações e nos estudos em curso no âmbito comunitário, uma solução que elimina, nesses casos, a dupla tributação económica.”*<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> No âmbito do Parecer n.º 101/90 do Centro de Estudos Fiscais, datado de 3 de Novembro de 1990, da autoria de Freitas PEREIRA (cuja conclusão deu origem ao esclarecimento veiculado pela Circular n.º 4/91, acima referida), suscitam-se dúvidas sobre o alcance e sentido desta norma, nomeadamente se o fito da norma era obstar a dupla tributação efectiva/real ou dupla tributação virtual/potencial.

O entendimento expresso por Freitas PEREIRA no referido Parecer (1990: 350) é de que “*depende do método escolhido para eliminar a dupla tributação (...) se for o método da isenção absoluta, é evitada em todos os casos; se o método utilizado for o da imputação ordinária ou crédito de imposto, a única dupla tributação evitada será (em princípio, acrescentaremos nós) a real ou efectiva*”. Segundo este autor, pelo método de isenção absoluta, o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos inclui os casos de dupla tributação que tenham uma natureza “virtual ou potencial”, dado que conforme o referido Parecer (1990:351) “*o legislador pretendeu afastar do âmbito da dupla tributação potencial ou virtual apenas as entidades que, embora sujeitas a imposto, estão isentas do mesmo com carácter de estabilidade e de um modo total*” – *cf.* Freitas PEREIRA, *Sentido e alcance da expressão “entidades (...) sujeitas e não isentas de IRC” constante do n.º 1 do artigo 45.º do Código do IRC*, Parecer n.º 101/90, Ciência e Técnica Fiscal n.º 361, pp. 350 e ss.

Na sequência da publicação da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados- membros diferentes, foi aditado, através do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho, um n.º 5 ao artigo 45.º do Código do IRC com a seguinte redacção:

*“O disposto no n.º 1 é também aplicável quando uma entidade residente em território português detenha uma participação, nos termos e condições al referidos, em entidade residente noutro Estado membro das Comunidades Europeias, desde que ambas essas entidades preencham os requisitos estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990”.<sup>5</sup>*

O Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho, justifica, assim, essa extensão:

---

<sup>5</sup> O Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho, procedeu à transposição da Directiva 90/435/CEE de 23 de Julho de 1990 e, em resultado, alterou a redacção em vigor (à data) do artigo 45.º do Código de IRC (entre outros), aditando o n.º 5, através do qual o regime passou a ser aplicável *“quando uma entidade residente em território português detenha uma participação, nos termos e condições aí referidos, em entidade residente noutro Estado membro das Comunidades Europeias, desde que ambas essas entidades preencham os requisitos estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990”*. Manteve-se a exigência de uma participação de 25% durante um período consecutivo de dois anos ou desde a constituição da entidade participada, desde que, neste último caso, a participação viesse a ser mantida por aquele período.

*“No tocante aos lucros distribuídos a sociedades-mães residentes em território português por sociedades afiliadas residentes em outros Estados-membros das Comunidades Europeias, aplica-se o regime já constante do Código do IRC relativamente a lucros distribuídos por sociedades afiliadas residentes”.*

Muitas foram, porém, as alterações que o regime sofreu ao longo dos mais de vinte anos de vigência, no que concerne às respectivas condições de acesso. Fundamentalmente foi-se procedendo a modificações quanto aos requisitos respeitantes à percentagem mínima que a participação da sociedade beneficiária dos lucros deveria representar no capital social da entidade distribuidora, ao tempo mínimo de detenção dessa participação e, mais recentemente, à exigência da verificação de prévia tributação efectiva, nos termos atrás já indicados.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Por via da Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro (denominada *“Lei da Reforma Fiscal”*), passou-se a estatuir uma isenção a 100% para efeitos da eliminação de dupla tributação, bem como ao aditar-se o n.º 7, passou a permitir-se que *“no caso da detenção da participação mínima deixar de se verificar antes de completado o período dos dois anos mencionado no n.º 1, corrigir-se-á em conformidade a dedução (...) sem prejuízo da consideração do crédito de imposto relativo à dupla tributação económica de lucros distribuídos ou do crédito por dupla tributação internacional (...)”*.

Conforme evidencia Samuel ALMEIDA, a referida disposição procurou acolher a jurisprudência emanada do TJCE, em particular no Acórdão Denkavit (C-283/94, C291/94 e C-292/94),

Relativamente aos dois primeiros pontos, o regime encontra-se em grande medida estabilizado desde a redacção que foi dada ao n.º 1 pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2002), sendo de um ano o tempo de detenção exigido e de 10%<sup>7</sup> a participação mínima.

Quanto à exigência de tributação efectiva, ela foi pela primeira vez incluída por força do n.º 1 do artigo 29º da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2005), que introduziu o n.º 10 do então artigo 46º do Código do IRC, com a seguinte redacção: “[o] regime estabelecido neste artigo não se aplica, procedendo-se, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto, quando se conclua existir abuso de formas jurídicas

---

passando a permitir-se, deste modo, o reembolso de imposto retido nos casos em que o prazo de detenção de dois anos não se tenha completado no momento da distribuição dos lucros, sempre que a sociedade mãe permanecesse com a participação por um período de dois anos após a distribuição de lucros – *cf.* Samuel ALMEIDA, *A eliminação de dupla tributação económica dos dividendos e do Imposto Sucessório por avença no Orçamento do Estado para 2002*, Fiscalidade n.º 11, pp. 55 e ss.

<sup>7</sup> A este último critério foi entretanto acrescido a título alternativo – através da redacção instituída pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2003) –, o requisito de o custo de aquisição da participação não ter sido inferior a vinte milhões de euros. No entanto, o mesmo foi já revogado (pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro – a Lei do Orçamento do Estado para 2011).

*dirigido à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, o que se verifica quando os lucros distribuídos não tenham sido sujeitos a tributação efectiva ou tenham origem em rendimentos aos quais este regime não seja aplicável”.*

Este preceito foi revogado pelo artigo 52º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2007), que, em contrapartida, aditou ao artigo 46º o seguinte n.º 11: “[a] dedução a que se refere o n.º 1 é reduzida a 50% quando os rendimentos provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária seja uma sociedade gestora de participações sociais”<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> A Lei do Orçamento de Estado para 2007 (Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro) manteve este conceito de tributação efectiva e no Relatório anexo à proposta de Lei do Orçamento de Estado para 2007 legitimou este conceito como medida anti-abuso, de modo a “evitar que a aplicação do método da isenção consagrado neste preceito para a eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos tenha como efeito final a dupla não tributação desses rendimentos na esfera da sociedade afiliada, que distribui os lucros, e na esfera da sociedade beneficiária” – *cf.* [www.dgo.pt](http://www.dgo.pt).

A redacção do n.º 10 do artigo 51º do Código de IRC, pela Lei de Orçamento de Estado para 2007, passou a ser a seguinte: “A dedução a que se refere o n.º 1 é reduzida a 50% quando os rendimentos provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária seja uma sociedade gestora de participações sociais”.

A excepção conferida às SGPS neste aspecto particular do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos acrescia à que era reconhecida no n.º 1 do artigo 32º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), de acordo com o qual àquelas era “*aplicável o disposto nos n.ºs 1 e 5 do artigo 46º do Código do IRC, sem dependência dos requisitos aí exigidos quanto à percentagem ou ao valor da participação*”.

Este enquadramento legal manteve-se até 31 de Dezembro de 2010.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (a Lei do Orçamento do Estado para 2011), em 1 de Janeiro de 2011, o regime – entretanto, por renumeração do Código do IRC, constante do artigo 51.º – sofreu outras transformações relevantes.

Em primeiro lugar, eliminou-se do n.º 1 o requisito relacionado com o valor de aquisição da participação (vinte milhões de euros), ou seja, passou a exigir-se sempre, para o acesso à dedução integral dos lucros distribuídos, a detenção de uma participação mínima de 10% no capital da sociedade que os distribui, qualquer que fosse o respectivo valor de aquisição (tendo-se mantido, contudo, a exigência de detenção pelo período de um ano).

Além disso, foi extraída do regime a regra que permitia a dedução parcial (em 50%) dos rendimentos recebidos – ou a dedução integral sempre que a sociedade beneficiária dos lucros fosse uma SGPS – nos casos em que proviessem de lucros que não tivessem sido sujeitos a tributação efectiva.

O n.º 1 do artigo analisado passou, assim, a adoptar a seguinte composição:

*«Na determinação do lucro tributável das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas e empresas públicas, com sede ou direcção efectiva em território português, são deduzidos os rendimentos, incluídos na base tributável, correspondentes a lucros distribuídos, desde que sejam verificados os seguintes requisitos:*

- a) A sociedade que distribui os lucros tenha a sede ou direcção efectiva no mesmo território e esteja sujeita e não isenta de IRC ou esteja sujeita ao imposto referido no artigo 7.º;*
- b) A entidade beneficiária não seja abrangida pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º;*
- c) A entidade beneficiária detenha directamente uma participação no capital da sociedade que distribui os lucros não inferior a 10 % e esta tenha permanecido na sua titularidade, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da colocação à disposição dos lucros ou, se detida há menos tempo, desde que a participação seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período.»*

Este número deve ser lido em combinação com o n.º 5 da mesma disposição, o qual previa, nesta altura, que:

*«O disposto nos n.os 1 e 2 é também aplicável quando uma entidade residente em território português detenha uma participação, nos termos e condições aí referidos, em entidade residente noutro Estado membro da União Europeia, desde que ambas as entidades preencham os requisitos estabelecidos no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro.»*

Por sua vez, o n.º 10 dispunha que:

*“[a] dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva”.*

A prévia sujeição a tributação efectiva dos lucros distribuídos passou, assim, a ser uma condição de acesso ao mecanismo de eliminação da dupla tributação, e não já um requisito de cujo cumprimento estava dependente apenas a possibilidade de a sociedade beneficiária dos lucros aplicar o regime à totalidade dos mesmos (e não apenas a metade).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Para Francisco SOUSA DA CÂMARA e Bruno SANT'IAGO, esta “continua a dever ser considerada como uma norma anti-abuso específica, pois, na sua essência (...) o que está em causa continua a ser evitar que os sujeitos passivos se aproveitem abusivamente do regime de eliminação da dupla tributação económica reduzindo a factura de imposto a pagar quando não se verifica o fim que presidiu a consagração do regime”. – cfr. SOUSA DA CÂMARA e Bruno SANT'IAGO, *O novo regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros*

Finalmente, sublinhe-se ainda que a Lei do Orçamento do Estado para 2011 procedeu à inclusão das SGPS no regime geral aplicável às demais sociedades: por um lado, eliminou a excepção expressa que vimos estar-lhes anteriormente consagrada na parte final do n.º 10 do artigo 51.º (isto é, passou a ser-lhes aplicável a condição da tributação efectiva dos lucros distribuídos); por outro lado, revogou o artigo 32.º do EBF (sendo agora necessário que as SGPS cumpram o requisito exigido no n.º 1 do artigo 51.º quanto à percentagem de participação).

Em face das dúvidas suscitadas pela alteração do n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC quanto à interpretação do conceito de “tributação efectiva”, foi, por Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, de 28 de Outubro de 2011, emitida a Circular n.º 24/2011, para “clarificação do sentido e do alcance” deste requisito. Com efeito, logo no seu primeiro ponto, a Circular esclarece que:

*“em consonância com o objectivo do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, o qual visa prevenir situações de dupla tributação de um mesmo rendimento, o requisito da tributação efectiva previsto no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC deve ser interpretado no sentido de exigir que os rendimentos provenham de lucros que tenham suportado*

---

*distribuídos: o artigo 51.º n.º 10 do Código do IRC, Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume e IV, Coimbra Editora, pp. 764 e ss.*



IRC, ou outro imposto sobre os lucros idêntico ou análogo, e que dele não se encontrem excluídos nem isentos” e que “exigir que essa tributação ocorra necessariamente na esfera da sociedade que distribui os lucros seria, ainda, contrário ao regime comunitário previsto na Directiva 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990”.

Nos termos desta Circular, para efeitos do cumprimento deste requisito, deve ainda considerar-se que:

*“a tributação poderá ser verificada na esfera da entidade que os distribui ou, anteriormente, na esfera de uma subafiliada”, sendo, nestes termos certo que “o requisito previsto no n.º 10 do artigo 51.º não exclui os casos em que para a formação dos lucros apurados pela sociedade distribuidora contribuíram lucros distribuídos pelas suas subafiliadas e anteriormente tributadas na esfera destas”.*

Mais ainda se preconiza a ideia segundo a qual:

*“o requisito da tributação efectiva deve considerar-se verificado quando a sociedade que gerou os lucros distribuídos não beneficie de isenção e tais lucros tenham origem em rendimentos que não beneficiem de qualquer isenção que ocorra, em resultado da legislação fiscal aplicável, a respectiva desconsideração em definitivo para efeitos de apuramento do imposto a pagar”*

e, bem assim, o princípio de que:

*“face ao disposto no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC, não é exigível a sujeição dos lucros distribuídos a um limiar mínimo de tributação. Contrariamente ao disposto, quer no regime de imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado consagrado no n.º 3 do artigo 66.º do Código do IRC, quer no regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por sociedades residentes nos países africanos de língua oficial portuguesa e na República Democrática de Timor-Leste previsto no n.º 1 do artigo 42.º do EBF, no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC não é definido qualquer limiar mínimo de tributação, não sendo, por isso, possível, por via administrativa, estabelecer um limiar mínimo para a taxa efectiva de tributação”.*

A norma em causa manteve-se com esta redacção até 31 de Dezembro de 2013.

A redacção do artigo em referência vem a ser novamente alterada em 2014<sup>10</sup>, com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, e a reforma da tributação das sociedades. Por via deste diploma, o artigo 51.º do Código do IRC adoptou uma abrangência universal, passando o regime nele previsto a ser aplicável a todas as situações

---

<sup>10</sup> A esta alteração seguem-se outras, introduzidas pela Lei n.º 82-C/2014, de 31 de Dezembro, pela Lei n.º 5/2016, de 29 de Fevereiro e pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março, a que, contudo, não faremos referência por não revestirem, nesta sede, de uma importância crucial.

de distribuição de lucros e reservas a sujeitos passivos de IRC com sede ou direcção efectiva em território português, desde que:

*“a) estes sujeitos passivos detenham directa ou indirectamente, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º, uma participação não inferior a 5 % do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas;*

*b) a participação referida no número anterior tenha sido detida, de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à distribuição ou, se detida há menos tempo, seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período;*

*c) o sujeito passivo não seja abrangido pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º;*

*d) a entidade que distribui os lucros ou reservas esteja sujeita e não isenta de IRC, do imposto referido no artigo 7.º, de um imposto referido no artigo 2.º da Directiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de Novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC e a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º;*

*e) a entidade que distribui os lucros ou reservas não tenha residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.”*

O legislador declara expressamente essa intenção e os motivos que estiveram na base dessa decisão, conforme se pode ler na pág. 67 do relatório que acompanha a Proposta de Orçamento para 2014:

*“Numa altura em que as exportações assumem uma importância crescente na economia portuguesa, o objetivo da reforma nesta matéria é o de alargar o regime atual de eliminação da dupla tributação (aplicável apenas na esfera nacional e europeia) para os investimentos realizados em qualquer parte do mundo (com exceção dos paraísos fiscais) e flexibilizar as suas condições, promovendo a internacionalização das empresas portuguesas e a atração de novos investidores para o mercado português”.*

Note-se que, em bom rigor, o regime do artigo 51.º – em qualquer uma das versões identificadas – reproduz, no plano interno, o regime estabelecido pela Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, para as situações internacionais no seio da União Europeia.

No respectivo artigo 4º, tendo presente a sua redacção originária, estatuiu-se que, “[s]empre que uma sociedade-mãe receba, na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada, lucros distribuídos (...), o Estado da sociedade-mãe: ou se abstém de tributar esses lucros; ou os tributa, autorizando esta sociedade a deduzir do montante do imposto a fração do imposto da afiliada correspondente a tais lucros (...)”

A Directiva 2003/123/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, veio posteriormente alterar o artigo em causa, passando a esclarecer que o direito de dedução do montante de imposto já pago sobre os lucros distribuídos se reporta ao imposto suportado em qualquer momento da cadeia de participações.

De acordo com a versão da Directiva 90/435/CEE em vigor desde 2003, o Estado-membro da entidade que recebe os lucros “*ou se abstém de tributar esses lucros, ou os tributa, autorizando a sociedade-mãe e o estabelecimento estável a deduzir do montante do imposto devido a fração do imposto sobre as sociedades pago sobre tais lucros pela sociedade afiliada e por qualquer sociedade sub-afiliada (...)*”.

A relação de dependência entre o regime do n.º 1 do artigo 51.º do Código do IRC e o da Directiva 90/435/CEE resulta, desde logo, do facto de a transposição desta<sup>11</sup> se ter verificado através de uma simples remissão para o Direito interno, isto é, sem que o legislador – consciente da semelhança de propósitos e soluções – tenha sentido necessidade de criar no sistema do IRC uma nova disposição ou um regime substancial autónomo. Quer dizer: o tratamento a dar pelo ordenamento português às situações de distribuição de lucros em operações transfronteiriças é exactamente o mesmo que já era dado à generalidade das operações *absolutamente internas*.

---

<sup>11</sup> Feita através do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho.

Com efeito, a transposição do direito comunitário, neste domínio, foi concretizada através do simples aditamento de um novo número – o n.º 5 –, cuja redacção actual, que apenas difere da originária em questões de pormenor, é a seguinte: “[o] disposto nos n.ºs 1 e 2 é também aplicável quando uma entidade residente em território português detenha uma participação, nos termos e condições aí referidos, em entidade residente noutro Estado membro da União Europeia, desde que ambas as entidades preencham os requisitos estabelecidos no artigo 2º da Directiva n.º 90/435/CEE, do Conselho, de 23 de Julho”.

## b) O propósito do regime

No que respeita ao artigo 51.º do Código do IRC, a pesquisa dos objectivos de política legislativa ou da *ratio legis* encontra-se facilitada, uma vez que a epígrafe do dito preceito é suficientemente clara: “[e]liminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos”. O propósito do regime vertido naquele preceito é, pois, o de assegurar que, em determinadas condições, os mesmos lucros – enquanto realidade económica – não sejam tributados mais do que uma vez.

Tal e qual como o preceito do direito nacional, também a Directiva 90/435/CEE trata da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, no seu caso por

referência às operações transfronteiriças realizadas entre entidades sedeadas em diferentes Estados-membros da União Europeia.

No respectivo preâmbulo, o legislador comunitário considera “*que essas operações não devem ser dificultadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais decorrentes das disposições fiscais dos Estados-membros; que importa, por conseguinte, instaurar, para esses agrupamentos, regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional*”. Consequentemente entende-se “*necessário eliminar essa penalização [a dupla ou múltipla tributação] através da instituição de um regime comum e facilitar assim os agrupamentos de sociedades à escala comunitária*”, para tal se considerando que, “*quando uma sociedade-mãe recebe, na qualidade de sócia da sociedade sua afiliada, lucros distribuídos, o Estado da sociedade-mãe deve: ou abster-se de tributar estes lucros; ou tributá-los, autorizando simultaneamente esta sociedade a deduzir do montante do seu imposto a fracção do imposto da sociedade afiliada correspondente a estes lucros*”.

Existe dupla tributação económica sempre que o imposto incide sobre o mesmo rendimento (ou a mesma riqueza), na esfera de dois sujeitos passivos diferentes<sup>12 13</sup>. Em termos gerais, o processo de atenuação ou eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos pode ocorrer na esfera jurídica da entidade distribuidora ou na do

---

<sup>12</sup> A dupla tributação económica distingue-se da dupla tributação jurídica: esta verifica-se quando o mesmo rendimento é tributado duas vezes na esfera do mesmo sujeito passivo (normalmente, em dois sistemas jurídico-fiscais diferentes) – *cfr.* Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa, 1981, pp. 220 e ss..

<sup>13</sup> Entre nós, Manuel PIRES define a dupla tributação como correspondendo à sujeição de um mesmo facto tributário a uma pluralidade de normas, dando origem a mais do que um imposto. Nesta definição, o autor prescinde da referência à identidade do imposto e à identidade do período tributário – *cfr.* Manuel PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1984, pp. 70 e ss..

Diferentemente, Alberto XAVIER sustenta que “*relativamente aos impostos periódicos por natureza, é exigível o requisito da identidade do período. Tal requisito apenas não será exigível noutros tipos de impostos, como os impostos sobre o consumo, nos quais é preponderantemente o critério da identidade do objecto ou a identidade da transmissão do bem ou da mercadoria*” – *cfr.* Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 33 e ss..

respectivo sócio<sup>14</sup>. No primeiro caso, pode optar-se por regimes de não sujeição ou isenção da parte do lucro distribuído, de dedução desta na base tributável da sociedade que o distribui, de transparência fiscal ou de tributação dos dividendos à taxa zero<sup>15</sup>.

Na Directiva 90/435/CEE e, consequentemente, no artigo 51.º do Código do IRC, escolheu-se expressamente a segunda via – a via de eliminação da dupla tributação económica dos lucros na esfera da entidade beneficiária.

---

<sup>14</sup> Os regimes de atenuação e eliminação de dupla tributação económica surgem, neste âmbito, como mecanismos destinados a evitar que um mesmo rendimento seja tributado sucessivamente, mais do que uma vez, na esfera de sujeitos passivos diferentes, ao abrigo dos princípios de neutralidade fiscal e da igualdade fiscal, pela tributação das sociedades pelo seu lucro real – princípios com consagração constitucional no artigo 104.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (“*A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o rendimento real*”).

<sup>15</sup> Verificada a dupla tributação, aceite o princípio ou princípios que devem presidir à respectiva solução, impõe-se a escolha do meio adequado para a efectivar, de modo a que a situação ou os seus efeitos não surjam ou sejam eliminados. Sendo a dupla tributação um caso de competência cumulativa, a limitação dessa competência deve competir ao Estado da residência ou ao da fonte – *cf.* Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 646 e ss..

Para esta finalidade, por seu turno, existem fundamentalmente dois métodos: o da isenção e o do crédito de imposto (ou da imputação)<sup>16</sup>.

De acordo com o primeiro, os lucros distribuídos são pura e simplesmente deduzidos ao lucro tributável da sociedade participante, não sendo considerados seja para que efeito for em sede de tributação dos rendimentos desta última (caso em que estamos perante uma *isenção integral*); ou são tomados em consideração na esfera da mesma, juntamente com os demais rendimentos, apenas para efeito do apuramento da taxa progressiva aplicável ao rendimento global (situação de *isenção com progressividade*).

Nos termos do mecanismo do crédito de imposto, os lucros distribuídos são imputados ao lucro tributável da sociedade que deles beneficia, permitindo-se a dedução à respectiva

---

<sup>16</sup> Manuel PIRES agrupa os métodos conforme sejam relativos directamente ao imposto ou à matéria colectável. Relativamente ao imposto, o principal método utilizado para eliminar a dupla tributação é, na sua classificação, a imputação, o crédito ou a dedução, pelo qual um Estado deduz do seu imposto o imposto pago fora desse Estado, relativamente aos mesmos rendimentos. Quanto à matéria colectável, aplica-se o método de isenção, por força do qual um Estado não tributa certos rendimentos, os quais só podem ser tributados no outro Estado – *cf.* Manuel PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1984, pp. 30 e ss..

colecta, e até à sua concorrência, do imposto que incidiu sobre o mesmo rendimento em outras partes da cadeia de distribuição<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> O funcionamento do método do crédito de imposto ou da imputação no Estado da residência tem um efeito de neutralização das políticas fiscais do Estado da fonte destinadas a estimular o afluxo de capitais estrangeiros através da redução das taxas aplicáveis. O método origina uma transferência das receitas fiscais do Estado da fonte (que prescinde delas ao consagrar taxas de imposto mais reduzidas) para o Estado da residência do beneficiário do rendimento (que ao ter de conceder um crédito de imposto de valor mais reduzido, recupera receita fiscal). Este é um dos motivos pelos quais Paula ROSADO PEREIRA, citando Klaus VOGEL, manifesta a sua preferência pelo método da isenção com uma cláusula de sujeição a imposto. Este último método evita o sério inconveniente do método da imputação, que consiste no facto de uma taxa de imposto mais elevada no Estado da residência frustrar os objectivos, designadamente de atracção de capital estrangeiro, prosseguido pelo Estado da fonte mediante a consagração de taxas reduzidas de impostos – *cf.* Paula ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional. Do paradigma clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 151 e ss. e obra citada de Klaus VOGEL, *Double Taxation Conventions – A Commentary to the OECD-UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital – With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3ª ed., Kluwer Law International, London, 1997.

Ora, a Directiva 90/435/CEE, como vimos anteriormente, colocou à disposição dos Estados-membros a opção por um dos dois sistemas, sendo que, no artigo 51.º do Código do IRC, o legislador português optou pelo regime da isenção integral.

Uma das consequências potenciais da opção por este último método é a de que, em certas situações, podem ser incluídos na base tributável da entidade participante – beneficiando da isenção – lucros que não foram previamente, em momento algum, objecto de tributação.

Daí que os sistemas jurídicos que o adoptam tenham habitualmente a preocupação de fazer com que as vantagens dele decorrentes se não apliquem a situações em que verdadeiramente não existe nenhuma dupla ou múltipla tributação.

Demos já conta do exemplo da legislação portuguesa quanto a este aspecto.

Entre 2005 e 2007, vigorou uma redacção do n.º 10 do então artigo 46º do Código do IRC que impedia o funcionamento da eliminação da dupla tributação (...) *quando se concluisse] existir abuso de formas jurídicas dirigido à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, o que se verifica quando os lucros distribuídos não tenham sido sujeitos a tributação efectiva ou tenham origem em rendimentos aos quais este regime não [fosse] aplicável*’.

Posteriormente, a partir de 2007 e até ao fim de 2010, tendo sido revogada a norma que acabámos de citar, vigorou a solução do então n.º 11 do mesmo artigo, que impunha a

redução a metade do montante da dedução sempre que “*os rendimentos prov[iesse]m de lucros que não f[ivesse]m sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária [fosse] uma sociedade gestora de participações sociais?*”.

Sabemos também que, entretanto, em 1 de Janeiro de 2011, esta última norma foi alterada no sentido da eliminação completa da possibilidade da dedução, para qualquer tipo de sociedades, quando não tenha existido previamente tributação efectiva.

Pois bem, as considerações que vimos de tecer devem orientar a apreciação de qualquer vertente ou detalhe do regime do artigo 51.º do Código do IRC.

Desde logo, no que respeita à interpretação da regra contida no n.º 10 – e das suas congéneres históricas –, não lhe hão-de escapar, designadamente, o propósito do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, também subjacente à Directiva que lhe serve de inspiração, e o significado da escolha feita quanto ao específico método concretamente aplicável (o da isenção integral).

### c) Problemas interpretativos suscitados na sucessão das leis

Vimos que o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos sofreu, ao longo dos mais de vinte anos de vigência, diversas alterações no que concerne às respectivas condições de acesso. Na origem, com o Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, tínhamos um sistema de eliminação (parcial) da dupla tributação económica dos lucros distribuídos por entidades com sede ou direcção efectiva em território português. Depois, com a publicação da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes, passaram a estar abrangidos os lucros distribuídos por entidades residentes em outros Estados-membro da União Europeia, desde que preenchessem os requisitos estabelecidos no artigo 2.º daquela Directiva. Mais recentemente, com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, e a reforma da tributação das sociedades, o regime adoptou uma abrangência universal, passando o regime nele previsto a ser aplicável a todas as situações de distribuição de lucros e reservas a sujeitos passivos de IRC com sede ou direcção efectiva em território português, sob determinadas condições.

É, contudo, a respeito do segundo momento que se levantam as maiores dúvidas interpretativas e a respeito dele que se têm vindo a revelar as correcções de maior expressão no domínio das inspecções promovidas a esta matéria pela Autoridade Tributária e Aduaneira.

Com efeito, de acordo com a Autoridade Tributária e Aduaneira, naquele segundo momento – entre a publicação da Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, e a sua transposição para a lei portuguesa, e a entrada em vigor da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro –, para que o sujeito passivo beneficiasse da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, era necessário que estes tivessem sido sujeitos a tributação efectiva – *seja na esfera da entidade distribuidora seja na esfera de qualquer afiliada que se encontre na cadeia de participações sociais* – em sede de IRC ou de um dos impostos elencados na alínea c) do n.º 2 da Directiva 90/435/CEE. *A contrario*, a Autoridade Tributária e Aduaneira entende que é de negar a aplicação do referido regime sempre que, mesmo sendo a distribuição de dividendos realizada por uma entidade com sede e direcção efectiva em território nacional ou em outro Estados-membro da União Europeia, a tributação efectiva dos lucros distribuídos proviesse de um estágio anterior da cadeia de participações e respeitasse a outros impostos diferentes dos elencados no artigo 2.º da Directiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de Novembro. No fundo, esta problemática implica, uma vez mais, com a definição do próprio conceito de *tributação*

*efectiva*, referido no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC, que aqui se impõe perceber – à luz, repita-se, da legislação vigente neste interregno temporal – deve ser interpretada num sentido mais extensivo do que o sugerido no próprio texto legal.

É que, conforme intuímos pelo que vem de ser dito, este entendimento da Autoridade Tributária e Aduaneira resulta de uma interpretação não exactamente literal do texto da norma em crise, no período em referência, mas sobretudo extensiva do mesmo, ancorada essencialmente nos elementos histórico e sistemático, por referência à evolução e unidade do sistema jurídico.

Baseada na história do preceito em análise, a Autoridade Tributária e Aduaneira tem vindo a suportar a sua posição no princípio segundo o qual o regime jurídico em crise – de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos – foi construído de modo a originariamente abranger apenas as operações internas – de 1 de Janeiro de 1989, data de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, a 31 de Dezembro de 1991, por força da entrada em vigor da Lei n.º 123/92, de 2 de Julho –, e a progressivamente alargar o seu âmbito de abrangência, primeiro, a operações intracomunitárias – de 1 de Janeiro de 1992 a 31 de Dezembro de 2013, com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro – e, depois – a partir desta data –, a operações universais.



Nestes termos, para a Autoridade Tributária e Aduaneira, o alargamento do campo de incidência do regime a todas as situações de distribuição de lucros, além das realizadas por entidades que preencham os requisitos estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 2011/96/EU, do Conselho, de 30 de Novembro, apenas ocorre, em 1 de Janeiro de 2014, com a entrada em vigor da Lei da Reforma do IRC, não podendo, por isso, ser este, de todo, o resultado por ele pretendido até esta data.

Em síntese, o ponto de dúvida interpretativa, em face da letra da lei e daquela que tem vindo a ser a posição adoptada pela Autoridade Tributária e Aduaneira sempre que em causa estão lucros distribuídos no período que inclui a vigência da Lei n.º 123/92, de 2 de Julho, e 31 de Dezembro de 2013, é o de saber se a condição de que os rendimentos distribuídos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a *tributação efectiva* vai ou não ao ponto de impor que esta tributação, além de *efectiva*, como determina o n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC, ocorre em sede de um dos impostos elencados na alínea c) do n.º 2 da Directiva 90/435/CEE.

O ponto é relevante em situações como a que ilustraremos mais à frente, depois de naturalmente tomarmos posição no tema, mesmo sendo certa, até à data, a total ausência de pronúncia por parte dos tribunais nacionais nesta matéria.

É sobre este aspecto em particular que faremos incidir os tópicos seguintes, de modo, a final, podermos concluir quanto ao quadro panorâmico da sucessão legal dos regimes de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos em Portugal.

**d) A relação de dependência entre o artigo 51.º do Código do IRC, na redacção da lei anterior à entrada em vigor da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, e a Directiva 90/435/CEE**

Como vimos, o regime que vigorou entre a data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho e a data do início de vigência da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, é um espelho, justamente, do regime acolhido na Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, com a qual partilha o espírito e uma parte da conformação literal.

Citámos já igualmente o enunciado de objectivos contido no Preâmbulo desta Directiva, bem como o conteúdo literal do respectivo artigo 4º, na sua redacção originária e na sua versão actual, introduzida pela Directiva 2003/123/CE – a qual, lembre-se, alterou o artigo em causa no sentido de esclarecer que o direito de dedução do montante de imposto já pago sobre os lucros distribuídos se reporta ao imposto suportado em qualquer momento da cadeia de participações.

Esta alteração, acrescente-se agora, é enquadrada pelo Considerando 10 constante do respectivo excurso introdutório, nos termos do qual, “[s]empre que grupos de empresas estiverem organizados em cadeias de empresas e os lucros forem distribuídos à sociedade-mãe através da cadeia de sociedades afiliadas, deverá eliminar-se a dupla tributação, quer através de uma isenção ou de um crédito de imposto. **No caso do crédito de imposto, a sociedade-mãe deverá poder deduzir qualquer imposto pago por qualquer uma das sociedades afiliadas da cadeia desde que sejam cumpridos os requisitos estabelecidos na Directiva 90/435/CEE**” (sublinhados nossos).

A possibilidade de dedução do montante de imposto pago em qualquer momento prévio da cadeia de participações é tratada expressamente apenas quanto ao método do crédito do imposto, pelo que a citação que vimos de fazer – também usada pela AT no respectivo relatório – apenas terá validade quando usada neste contexto e em relação a este método.

Tal não significa, porém, que, com as sempre necessárias adaptações, esta possibilidade não seja também reconhecida relativamente ao método da isenção.

É que, não prevendo a Directiva qualquer requisito de *tributação efectiva* dos lucros, não faria sentido que, quanto ao mecanismo da isenção, se ponderasse a necessidade deste esclarecimento.

No método da isenção tratamos de uma eliminação de dupla tributação que, por definição, é meramente *potencial* ou *virtual*, e, por isso, desinteressada da ocorrência de uma

tributação em determinada medida ou patamar da cadeia de participações – isto, naturalmente, sem prejuízo da instituição de normas anti-abuso ou de específicas cláusulas *subject to tax* mais ou menos detalhadas –.

Se o legislador europeu impõe aos Estados-membros que excluam de tributação os lucros distribuídos entre sociedades do espaço da União (em alternativa à concessão de um crédito de imposto), sem cuidar minimamente de fazer depender essa exclusão de uma tributação prévia – na esfera delas ou em outros patamares da cadeia de participações –, então, por maioria de razão, não será preciso esclarecer os termos e o momento em que esta deve ocorrer.

Já, porém, quanto ao mecanismo do crédito do imposto, bem se percebe que o legislador comunitário tenha sentido necessidade de clarificar qual o imposto susceptível de ser deduzido – se o que foi pago em qualquer patamar da cadeia de distribuição ou apenas o que o foi pela sociedade que distribuiu os lucros directamente à empresa que os pretende deduzir –, uma vez que, do ponto de vista da Directiva, a existência de tributação anterior é um elemento essencial desse mecanismo (e já não do da isenção).

Nos termos do n.º 1 do artigo 2º da Directiva 2003/123/CE, os Estados-membro teriam de adaptar as respectivas legislações, caso tal fosse necessário, até 1 de Janeiro de 2005 – e,

até ao momento, nenhum dado existe que nos permita concluir que a legislação portuguesa se encontra em inobservância do regime comunitário.

Ora, perante esta coincidência literal e teleológica, coloca-se a questão de saber se, nesta matéria, o direito português deve obediência àquela Directiva – o que significa indagar, mais concretamente, se o regime de fonte interna a deve ter como pressuposto interpretativo.

O regime da Directiva é uma concretização – ao nível do Direito comunitário secundário – dos princípios da liberdade de estabelecimento e de circulação de capitais que se encontram consagrados hoje no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“Tratado”)<sup>18</sup>.

A regra é a de que as liberdades do Tratado são directamente aplicáveis, pelo que, se um Estado-membro cria ou mantém uma norma incompatível com as mesmas, tal norma

---

<sup>18</sup> O Direito comunitário secundário (ou derivado) é aquele que é criado pelas instituições europeias, para o exercício das suas competências – através da adopção de directivas e regulamentos, da tomada de decisões e da formulação de recomendações e pareceres –, nos termos e em cumprimento do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (por excelência a fonte primária do Direito comunitário), conforme permitido de acordo com o seu artigo 288º.

deve ser desaplicada, podendo ser objecto de apreciação e sindicância através de um dos expedientes processuais colocados à disposição pelo ordenamento jurídico europeu.

Este princípio aplica-se, sem dúvida, ao artigo 51.º do Código do IRC, já que, conforme resulta do acima exposto, esta norma é a tradução interna da solução comunitária (a Directiva 90/435/CEE), pelo que, em todo o seu âmbito (isto é, em todas as suas disposições), não cabem só as operações internas, mas também as situações de distribuição de lucros entre sociedades de diferentes Estados-membros da União Europeia.

**e) A correcta interpretação do regime previsto nos n.ºs 1, 5 e 10 do artigo 51.º do Código do IRC (sob análise) e do conceito de «tributação efectiva»**

Já vimos que o propósito do regime vertido no artigo 51.º do Código do IRC é o de assegurar que, em determinadas condições, os mesmos lucros – enquanto realidade económica – não sejam tributados mais do que uma vez.

O regime em apreço é, com efeito, um regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, entendendo-se por *dupla tributação económica* a incidência

de imposto sobre um mesmo rendimento (a mesma riqueza), na esfera de dois sujeitos passivos distintos.<sup>19</sup>

Subjacente a este instituto está, assim, naturalmente (sempre esteve) uma preocupação de defesa da neutralidade fiscal, de incentivo à distribuição de lucros entre sociedades e de fomento ao investimento.

Vimos também que o Código do IRC condicionou o acesso ao regime ao cumprimento de determinados requisitos *subjectivos e objectivos*.

Os *requisitos subjectivos* encontravam-se, no enquadramento legal vigente àquela data, previstos nos n.º 1 e n.º 5 do artigo 51.º do Código do IRC e eram relativos, não apenas à entidade beneficiária, como também à entidade que imediatamente distribui os lucros cuja tributação se pretende eliminar.

Em relação à entidade beneficiária, a lei impunha que esta:

---

<sup>19</sup> Para Saldanha SANCHES e João TABORDA DA GAMA, trata-se de um mecanismo que visa “evitar que, sob a capa da eliminação da dupla tributação, certos sectores de actividade com níveis de tributação mais baixos tenham aquilo que é considerado por alguma doutrina como efectivo benefício” – cfr. Saldanha SANCHES e João TABORDA DA GAMA, *Provisões no âmbito de seguros unit-linked e dupla tributação económica*, Fiscalidade n.º 33, pág. 25 e ss.

- (a) assumisse a forma de *sociedade comercial ou civil sob forma comercial, cooperativa e empresa pública, com sede ou direcção efectiva em território português*,
- (b) não fosse abrangida pelo regime da transparência fiscal;
- (c) detivesse directamente uma participação no capital da sociedade que distribui os lucros não inferior a 10 % e esta tenha permanecido na sua titularidade, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da colocação à disposição dos lucros ou, se detida há menos tempo, desde que a participação seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período – [cf. alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 51.º].

Em relação à entidade que imediatamente distribui os lucros cuja tributação se pretende eliminar, a lei impunha unicamente que detivesse a sede ou direcção efectiva em território nacional e que estivesse sujeita e não isenta de IRC ou, alternativamente, que possuísse residência em outro Estado membro da União Europeia, desde que preenchesse os requisitos estabelecidos no artigo 2.º da Directiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de Novembro [cf. alínea a) do n.º 1 e n.º 5 do artigo 51.º].

Além destes, o n.º 10 do artigo 51.º estabelece a necessidade de cumprimento de uma condição de natureza *objectiva*<sup>20</sup>, centrada no rendimento distribuído:

---

<sup>20</sup> Questiona-se sobre qual a concepção em torno do conceito de tributação efectiva, nomeadamente se adoptando uma perspectiva subjectiva (reforçando o entendimento plasmado na Circular n.º 4/91, já referida) ou adoptando uma perspectiva objectiva.

Mónica RESPÍCIO GONÇALVES considera que o requisito de tributação efectiva “*se deve aferir, no contrário, por referência exclusiva aos lucros distribuídos e não por referência às sociedades, distribuidora e beneficiária.*” – cfr. Mónica RESPÍCIO GONÇALVES, *Grupos de sociedades e dupla tributação económica*, Fiscalidade n.º 42, pp. 103 e ss.

Também se poderá evidenciar que em relação à evolução legislativa da norma em causa e face à supressão da referência a “*situações de abuso de formas jurídicas, dirigido à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos*”, poderá o legislador pretender afastar a configuração da norma como uma medida antia-buso e, em consequência, justificá-la como um requisito de natureza objectiva.

A Autoridade Tributária e Aduaneira defende o cariz objectivo ao indicar que o conceito de tributação efectiva “*deve ser interpretado no sentido de exigir que os rendimentos provenham de lucros que tenha suportado IRC, ou outro imposto sobre os lucros idêntico ou análogo, e que dele não se encontrem excluídos, nem isentos*” – cfr. parágrafo 1 da Circular n.º 24/2011, da Direcção de Serviços de IRC.

*«A dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva.»*

É em torno desta condição que parece centrar-se a problemática interpretativa que identificámos supra e sobre a qual interessa tomar uma posição. Com efeito, como vimos, para a Autoridade Tributária e Aduaneira, a condição de que os rendimentos distribuídos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a *tributação efectiva* vai ao ponto de impor que esta tributação, além de *efectiva*, como determina o n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC, ocorra em sede de um dos impostos elencados na alínea c) do n.º 2 da Directiva 90/435/CEE.

Esta posição leva, contudo, longe demais as palavras usadas pelo legislador, que, pelo contrário, apenas consentem que a esta exigência de prévia *tributação efectiva* seja dado o sentido de, a partir dela, somente ser possível impor a verificação da mera sujeição a imposto, qualquer que ele seja, numa qualquer das sociedades da cadeia de distribuição de lucros.

Na realidade, não pode validamente retirar-se, nem da norma do artigo 51.º do Código de IRC, nem do texto da Directiva comunitária (Directiva 90/435/CEE) na qual aquela se inspira, uma qualquer imposição quanto ao tipo de imposto ou à sua delimitação geográfica.

Naqueles diplomas esta imposição apenas ocorre ao nível da entidade distribuidora – a quem se exige que, tendo sede ou direcção efectiva em território português, esteja sujeita (e não isenta) a IRC, ou que, tendo sede ou direcção efectiva em outro Estado membro da União Europeia, aí se encontre sujeita (e não isenta) a um dos impostos previstos no artigo 2.º da Directiva e enumerados na Parte B do seu anexo I – e nunca ao nível do objecto da distribuição, o qual apenas precisa de ter sido sujeito a *tributação efectiva*.

Note-se que, quer na norma do direito interno, quer na Directiva comunitária, sempre que o legislador quis estabelecer uma delimitação territorial para a incidência ou uma delimitação de tipo do imposto, fê-lo em termos expressos e detalhados, como demonstrámos, designadamente, no ponto em que citámos o n.º 1 e o n.º 5 do artigo 51.º do Código do IRC.

Se o legislador pretendesse que apenas fossem admitidos à eliminação da dupla tributação económica os lucros distribuídos sujeitos a tributação em sede de IRC ou dos demais impostos previstos na Parte B do anexo I à Directiva 90/435/CEE, tê-lo-ia dito nos mesmos termos em que impôs que apenas fossem admitidas ao regime em crise as sociedades distribuidoras com sede e direcção efectiva em território português e aqui sujeitas (e não isentas) a IRC e, bem assim, as sociedades distribuidoras com sede e direcção efectiva em outro Estado membro da União Europeia e aí sujeitas (e não isentas)

a um dos impostos previstos no artigo 2.º da Directiva e enumerados na Parte B do seu anexo I.

Bastaria, para o efeito, que, em vez de prever que:

*«A dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva.»*

previsse que:

*«A dedução a que se refere o n.º 1 só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva num dos impostos enumerados na parte B do anexo 1 à Directiva 90/435/CEE ou a qualquer outro imposto que possa vir a substituir um destes impostos.»*

Ora, uma coisa é limitar o regime a situações de distribuição de lucros entre sociedades residentes em território português – e sujeitas (e não isentas) a IRC – ou entre uma sociedade aqui residente e uma outra residente com sede ou direcção efectiva em outro Estado membro da União Europeia – e sujeitas (e não isentas) a um dos impostos previstos no artigo 2.º da Directiva e enumerados na Parte B do seu anexo I –, outra completamente diferente é impor que os lucros distribuídos tenham sido eles próprios sujeitos a uma *tributação efectiva* no território destes estados ou em sede de um destes impostos.

Esta última condição não está pura e simplesmente prevista no texto legal nem seria lógico que estivesse.

Este é também o entendimento do Centro de Estudos Fiscais. A este propósito, vejamos de perto o teor de um parecer emitido por este Centro, em Outubro de 2009, em resposta a uma solicitação dos serviços de inspecção tributária, no âmbito de um procedimento de verificação do IRC referente ao exercício de 2005, levado a cabo junto de uma conhecida instituição de crédito portuguesa.

A matéria de facto relevante cingia-se aos ganhos de liquidação qualificados como rendimentos de capitais e, consequentemente, sujeitos ao regime do então artigo 46.º do Código do IRC (actual – e à data dos factos em causa nos presentes autos – artigo 51.º).

Sucintamente tratava-se de saber se o n.º 10 do artigo 46.º do Código do Imposto a que temos vindo a referir-nos (na redacção em vigor em 2005) se aplicava aos rendimentos provenientes da liquidação (qualificados como *rendimentos de capitais*) de uma SGPS subsidiária que havia realizado uma mais-valia isenta de IRC com a alienação de participações sociais de uma sociedade residente no Brasil, mais-valia essa que, por sua vez, havia sido sujeita a tributação em sede de imposto de renda neste território.

No fundo, estava aqui em causa a questão da determinação do verdadeiro sentido e alcance do requisito inserto na norma daquela previsão legal: terá o legislador pretendido

limitar a aplicação do regime da eliminação da dupla tributação económica às situações de distribuição de lucros efectivamente tributados em sede de IRC ou em sede de um outro imposto previsto no artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE ou apenas clarificar a necessidade de, com vista ao cumprimento do objectivo da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, terem estes sido já efectivamente tributados, qualquer que tenha sido o momento ou a sua expressão da sua concretização?

Ou, se se quiser, usando as palavras do parecer: terá o legislador pretendido que *essa tributação efectiva ocorresse necessariamente num dos impostos referidos na alínea a) do n.º 1 do artigo 46.º ou no artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE ou, pelo contrário*, que a mesma se bastasse com *qualquer tributação em IRC ou noutro imposto análogo ao IRC?*

A estas questões o Centro de Estudos Fiscais respondeu de uma forma peremptória, nos termos que aqui integralmente se reproduz pela sua afinidade com o caso dos presentes autos e pela sua relevância doutrinal:

*«40. Parece-nos, no entanto, que a melhor interpretação consiste em considerar que a ausência de qualquer referência no n.º 10 do artigo 46.º aos impostos referidos implica que o legislador pretendeu apenas recusar a aplicação do regime nos casos em que os lucros distribuídos não tenham sido sujeitas a qualquer tributação efectiva em IRC ou em imposto análogo.*

41. E não se diga que esta interpretação equivale “a substituir o conteúdo [do n.º1 alínea a) do artigo 46.º] por outro onde se dissesse simplesmente que os «lucros distribuídos tenham sido efectivamente tributados»”.

42. Pois, o n.º 10 do artigo 46.º não veio de alguma forma alterar o sentido e alcance dos anteriores requisitos constantes quer do n.º 1 quer dos números 5 e 6 desse artigo, mas, pelo contrário, impor como requisito adicional que esses lucros tenham sido efectivamente tributados.

43. Simplesmente, em nosso entender, o legislador não terá ido ao ponto de requerer que essa tributação efectiva tivesse ocorrido em IRC ou noutro dos impostos referidos no artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE. O que, eventualmente, poderá ter-se ficado a dever a não desejar criar entraves adicionais à internacionalização dos grupos económicos portugueses, permitindo-lhes que os rendimentos detidos através de SGPS's sedeadas em Portugal pudessem continuar a beneficiar da aplicação do regime relativamente aos lucros que tivessem sido efectivamente sujeitos a tributação em imposto análogo ao IRC num Estado terceiro.

44. E se é verdade que, contrariamente ao que sucede no actual artigo 42.º do EBF, o legislador não previu um limiar mínimo de tributação, importa não

esquecer que a imposição de tal limiar seria dificilmente compatível com a Directiva 90/435/CEE.

*Conclusão:*

53.1. O artigo 46.º, n.º 10, do Código do IRC deve ser interpretado no sentido de que não se aplica à parte dos rendimentos de liquidação previstos na alínea a) do n.º 2 do artigo 75.º do mesmo Código que tenham a sua origem em rendimentos que comprovadamente tenham sido sujeitos no Brasil a tributação efectiva em imposto análogo ao IRC. (realce e sublinhados nossos).

É esta a interpretação que neste trabalho se preconiza, assente que está na letra, no espírito e no próprio sistema normativo.

Com efeito, num Estado de direito democrático sujeito ao princípio da legalidade, é a letra da lei que baliza o início e o fim da tarefa interpretativa, uma vez que a hermenêutica jurídica não pode deixar de ter por base o texto legal e não deve ultrapassar os limites estatuídos pelos possíveis significados semânticos das palavras aí presentes.

E, ainda que se pretendesse vislumbrar na tese da Autoridade Tributária e Aduaneira a vontade histórica do legislador, não nos parece a mesma decisiva, pois é sabido que a



suposta vontade do legislador tem uma importância manifestamente secundária na interpretação jurídica face ao conteúdo material da norma <sup>(21)</sup>.

Finalmente, entendemos que a interpretação aqui defendida não contraria o próprio espírito da norma que, como vimos acima, visa eliminar a dupla tributação *potencial* ou *virtual* e não propriamente a dupla tributação *real* ou *efectiva* <sup>(22)</sup>.

Por regra, nos casos em que o legislador pretende fazer vigorar um sistema de eliminação da dupla tributação económica *real* ou *efectiva* opta-se pelo mecanismo de crédito de imposto em que, por princípio, apenas se concede crédito pelo imposto efectivamente suportado.

---

(21) Nas palavras eloquentes de Karl ENGISCH “*com o acto legislativo (...) a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra. A obra é o texto da lei, a «vontade da lei tornada palavra», o «possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei». Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram carácter vinculativo algum.*”, cfr. Karl ENGISCH *Introdução ao Pensamento Jurídico*, (tradução e prefácio de Baptista Machado), 5.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 142.

(22) Parecer n.º 101/90 do Centro de Estudos Fiscais, de 6 de Novembro de 1990.

A opção pelo método de isenção, ao invés, já o vimos, faz-se quando se pretende instituir a eliminação da dupla tributação *virtual* ou *aparente* – isto, claro está, sem prejuízo da consagração de um sistema de isenção poder ser temperada tanto pela instituição de normas anti-abuso (como é o caso da norma *sub judice*), como de específicas cláusulas *subject to tax* mais ou menos detalhadas (como é o caso da alínea a) do n.º 1 do artigo 51.º do Código do IRC) –, como aconteceu no caso português.

Por outro lado, da Circular n.º 24/2011 não se extrai um contributo que permita uma interpretação distinta da acabada de expor. Na verdade, repare-se, é pelas suas palavras que se esclarece, sem margem para dúvidas, que a interpretação que a Direcção Geral dos Impostos faz do regime em crise supõe que se entenda que, para efeitos do cumprimento do requisito em crise, a tributação pode ser verificada na esfera da entidade que directamente distribui os lucros “ou, anteriormente, na esfera de uma subafiliada”.

E mais: na Circular é mesmo reconhecido que “*exigir que essa tributação ocorra necessariamente na esfera da sociedade que distribui os lucros seria contrário ao regime previsto na Directiva 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990*”.

A Circular em análise é, de resto, particularmente clara no concreto recorte que faz do conceito de *tributação efectiva*, na parte em que esclarece que a sua exigência tem que ver com o objectivo de eliminação da dupla tributação económica dos lucros implícita ao

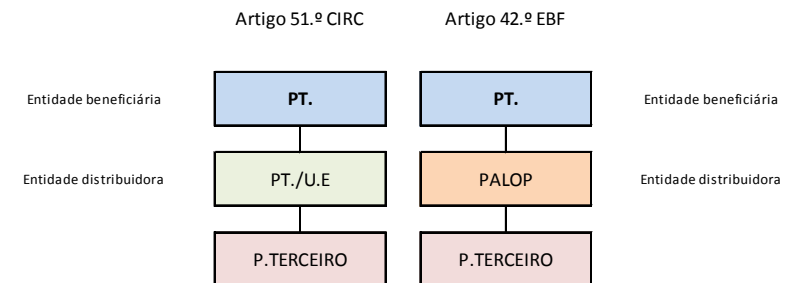
próprio regime, donde naturalmente resulta que a mesma deve ter que entender-se por realizada sempre que “*os rendimentos provenham de lucros que tenham suportado IRC, ou outro imposto sobre os lucros idêntico ou análogo*”, não se fazendo aqui também (e bem!) qualquer referência a um dos específicos impostos previstos na Parte B do anexo I à Directiva.

Todo o texto da Circular vem, de resto, orientado no sentido de mostrar que, correspondendo o requisito da tributação efectiva a um requisito *objectivo* (relativo ao rendimento) e já não a um requisito *subjectivo* (relativo à entidade), é particularmente indiferente conhecer a natureza de quem o distribui, sendo unicamente relevante a demonstração de que se trata de um rendimento proveniente do exercício de uma actividade económica do tipo operacional (e não de um rendimento passivo), sujeito a um encargo fiscal definitivo e real.

Poder-se-ia questionar, que, a ser como se diz, pouco sentido faria, à data, a manutenção do artigo 42.º do EBF, relativo às distribuições de lucros efectuadas por sociedades residentes nos países africanos de língua oficial portuguesa e na República Democrática de Timor-Leste.

Mas este raciocínio não poderia ser mais errado: tê-lo supõe novamente a confusão entre os requisitos impostos subjectivamente às entidades distribuidoras do lucro e os requisitos de natureza objectiva, relativos ao rendimento distribuído: mesmo assumindo que o artigo

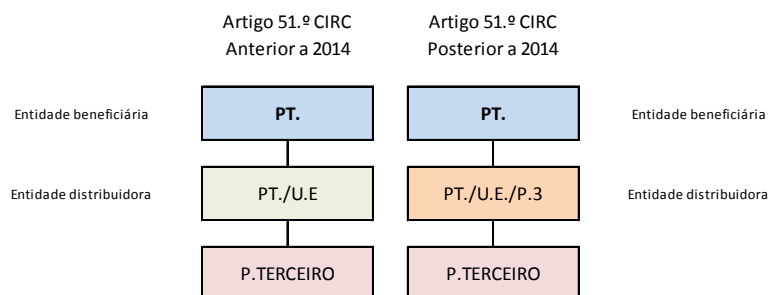
51.º se aplica a todos os casos de distribuição, interna e comunitária, de rendimentos que em algum momento na cadeia, mesmo que em sede de impostos vigentes fora do sistema tributário nacional e europeu, foram sujeitos a uma tributação efectiva, a manutenção do artigo 42.º do EBF encontra-se plenamente justificada – sempre que a entidade distribuidora não seja uma sociedade residente em território nacional ou no território de um qualquer Estado-membro da União Europeia, mas num país africano de língua oficial portuguesa ou na República Democrática de Timor-Leste –.



Tudo que vem de se expor não sofre também qualquer constrangimento em face das alterações promovidas pela Lei da Reforma do IRC (Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro) ao regime em crise.

Como sabemos e já expusemos acima, a Lei em causa conferiu à norma do artigo 51.º do Código do IRC um carácter universal, mas não no sentido que pretende a AT.

A norma do artigo em referência passou a incluir no campo de incidência *subjectiva* todas as entidades que distribuem lucros, sejam elas residentes em território nacional, residentes num outro Estado-membro da União Europeia ou residentes num país terceiro.



Aos rendimentos distribuídos, porém, continuou a exigir-se, como até então, que tenham sido sujeitos a uma tributação, em qualquer estágio da cadeia, de qualquer espécie e quantitativo, mas sempre, naturalmente, real, concreta e definitiva.

Com a entrada em vigor desta Lei – Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro –, sim, a norma do artigo 42.º do EBF tornou-se redundante – na medida em que, por via da sua entrada em vigor, o regime da eliminação da dupla tributação económica para a ser de aplicação subjectivamente universal –, tendo esta disposição acabado por ser, em consequência, efectivamente revogada.

Acresce, finalmente, ao exposto que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem evidenciado, em diversas decisões, o princípio da proibição do tratamento discriminatório entre residentes e não residentes, considerando que “*seja qual for o mecanismo adoptado para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica, as liberdades de circulação garantidas pelo Tratado opõem-se a que um Estado-Membro trate os dividendos de origem estrangeira de modo menos favorável que os dividendos de origem nacional, salvo se essa diferença de tratamento respeitar a situações que não são objectivamente comparáveis ou se justificar por razões imperiosas de interesse geral*”.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Cfr. Acórdão TJCE Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, parágrafo 47.

Neste contexto, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem exigido que as medidas restritivas aplicadas pelos Estados-Membros, para além de se revelarem adequadas para garantir a realização do objectivo em causa, não devem ultrapassar o que é necessário para alcançar esse objectivo.<sup>24</sup> Com efeito, no Acórdão Comissão Europeia vs. República Francesa, C-334/02, considerou o Tribunal de Justiça da União Europeia que “(...) *embora a luta contra a evasão fiscal e a eficácia dos controlos fiscais possam certamente ser invocadas para justificar restrições ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, uma presunção geral de evasão ou fraude fiscal não basta, todavia, para justificar uma medida fiscal que afecte os objectivos do Tratado*”.<sup>25</sup>

**f) Aplicabilidade prática dos problemas interpretativos assinalados: um caso concreto**

---

<sup>24</sup> Cfr. Acórdão TJCE X & Y, C-435/00, parágrafo 49; Acórdão TJCE Futura Participations e Singer, C-205/95, parágrafo 26; Acórdão TJCE Marks & Spencer, C-446/03, parágrafo 35; Acórdão TJCE Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, parágrafo 47.

<sup>25</sup> Cfr. Acórdão TJCE Test Claimants, C-524/04, parágrafo 73, Acórdão TJCE Lammers & Van Cleeff NV, C-105/07, parágrafo 26 e ss. e Acórdão TJCE Comissão vs. Denmark, C-150/04, parágrafo 58.

Para ilustrar o que acabámos de expor, considere-se um caso em que uma determinada sociedade gestora de participações sociais – a sociedade XPTO, SGPS, S.A. – adquire, em 2010, 100% das participações representativas do capital social de uma outra – a sociedade XPTO ZFM, LDA. –, com sede no Funchal, que se encontra, desde 1998, licenciada para operar na Zona Franca da Madeira.

Figure-se que, no quadro dos benefícios fiscais previstos no artigo 33.º e 36.º do EBF, a XPTO ZFM, LDA. gozou, até 31 de Dezembro de 2011, de uma isenção temporária de IRC para a actividade desenvolvida sob aquele licenciamento – operações realizadas com entidades instaladas na Zona Franca ou com entidades não residentes em território Português –, e, após esta data, de uma redução de IRC, limitada ao mesmo âmbito de actuação.

Tenha-se em conta que, nos exercícios de 2003 e de 2005, parte dos rendimentos auferidos pela XPTO ZFM, LDA., relativos a actividades não abrangidas pelo licenciamento, e, nesta medida, não isentos de IRC nos termos dos artigos 33.º a 36.º do EBF, foram tributados à taxa geral de IRC então vigente, e que, no exercício de 2013, esta mesma sociedade foi tributada em sede de IRC, no cômputo global dos seus rendimentos, a uma taxa efectiva de 4,00%.

Neste mesmo ano, foi deliberada, em Assembleia Geral da XPTO ZFM, LDA., a distribuição à XPTO, SGPS, S.A., sua sócia única, de parte do valor global nela registado em *Reservas Livres* – € 180.000.000,00 –, no montante de € 40.000.000,00. Na base daquele valor global – € 180.000.000,00 – estavam lucros gerados, nos anos de 1999 a 2010, pelas sociedades XPTO PERÚ, sociedade com sediada no Perú, e XPTO ANGOLA, sociedade com sede em Angola.

Em qualquer um dos casos, os lucros em causa foram sujeitos a uma tributação efectiva na esfera das sociedades que os geraram.

**a. Verificação *in casu* dos requisitos *subjectivos***

Para efeitos da análise do cumprimento dos requisitos *subjectivos* de acesso ao regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, fica patente da factualidade descrita que a entidade que beneficia da distribuição de lucros, a XPTO, SGPS, S.A.:

- (a) é uma *sociedade comercial, com sede ou direcção efectiva em território português*,
- (b) não está abrangida pelo regime da transparência fiscal;

- (c) detinha, em 2013, uma participação directa no capital da sociedade XPTO ZFM, LDA. de 100%, há mais de um ano.

Em relação à XPTO, SGPS, S.A. estão, com efeito, escrupulosamente cumpridos os requisitos do regime previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 51.º do Código do IRC.

Por outro lado, em relação à entidade que imediatamente distribui os lucros cuja tributação se pretende eliminar, a XPTO ZFM, LDA., também ela possui a sua sede em território português, aí se encontrando, no ano da distribuição, sujeita e não isenta de IRC, nos termos impostos pela alínea a) do n.º 1 do artigo 51.º.

Repare-se que, tendo em conta o modo como este preceito se encontra redigido, apesar de se encontrar sujeita e não isenta de IRC, o regime admite que a dita entidade (distribuidora), no ano em referência, não tenha pago qualquer imposto, porque, por exemplo, se limitou a distribuir reservas, porque pôde compensar os seus lucros contra prejuízos sofridos em anos anteriores, ou ainda porque beneficiou de uma isenção de natureza *objectiva* (uma isenção respeitante a uma certa actividade ou a uma certa categoria de rendimentos).

De acordo com a factualidade descrita, a sociedade em referência encontrava-se, no exercício de 2013, sujeita e não isenta de IRC, tendo sido tributada de facto, embora a

uma taxa efectiva inferior à nominal, no quadro dos benefícios fiscais consagrado nos artigos 33.º e 36.º do EBF.

De resto, os requisitos relativos à entidade distribuidora, previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 51.º do Código do IRC, encontravam-se preenchidos mesmo nos anos anteriores a 2013, anos em que a XPTO ZFM, LDA. beneficiou, por força daqueles incentivos, de uma isenção *objectiva*, dirigida unicamente aos rendimentos provenientes da actividade licenciada.

Com efeito, até 2013, a XPTO ZFM, LDA. não gozou de qualquer *isenção subjectiva*, no sentido de uma isenção conferida *intuitu personae* – que abrange todos os seus rendimentos em homenagem às características ou à natureza da sua pessoa jurídica concreta (ainda que dentro de determinadas condições) – como aquela a que se refere aquela alínea do n.º 1 do preceito em análise, não podendo, neste sentido, dizer-se que ela não se encontrava, também nesse período, plenamente observada.

Não restam, nestes termos, quaisquer dúvidas de que a XPTO ZFM, LDA., na qualidade de entidade distribuidora, cumpre a condição imposta na alínea a) do n.º 1 do artigo 51.º do Código do IRC.

#### **b. Verificação *in casu* do requisito *objectivo***

Já sabemos que o requisito *objectivo* de que depende a aplicação do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos está previsto no n.º 10 do artigo 51.º do Código do IRC, traduzindo-se o mesmo na exigência da sua *tributação efectiva*.

No caso concreto, vimos que parte dos lucros distribuídos corresponde a uma parte das *Reservas Livres* registadas na XPTO ZFM, LDA., com origem nos dividendos gerados na esfera das respectivas afiliadas.

Vimos, além disso, que, em qualquer um dos casos, os lucros distribuídos à XPTO ZFM, LDA. foram sujeitos a uma *tributação efectiva*, designadamente, das sociedades XPTO PERÚ e XPTO ANGOLA.

Ora, do que acima expusemos é para nós claro que a interpretação do regime previsto no artigo 51.º do Código do IRC – e do conceito de *tributação efectiva* – que maior aderência tem com a letra, o espírito e o sistema normativo é aquela que admite, por um lado, que a *tributação efectiva* possa verificar-se na esfera da entidade que directamente distribui os lucros ou, anteriormente, na esfera de uma *subafiliada*, e que, por outro lado, a mesma *tributação efectiva* possa ter ocorrido em sede de IRC ou de outro imposto sobre os lucros *idêntico ou análogo* – e não necessariamente coincidente com um dos específicos impostos previstos na Parte B do anexo I à Directiva 90/435/CEE, de 23 de Julho de 1990.

Ora, na situação descrita, a exigência de *tributação efectiva* concretiza-se, justamente, na circunstância de os lucros distribuídos pela XPTO ZFM, LDA. à XPTO, SGPS, S.A. derivarem de rendimentos gerados na esfera de sociedades afiliadas daquela (subafiliadas desta) – da XPTO PERÚ e XPTO ANGOLA –, e aí tributados em sede de um imposto similar ao IRC (*Impuesto a la Renta*, no caso da XPTO PERÚ, residente fiscal no Peru, e *Imposto Industrial*, no caso da XPTO ANGOLA, residente fiscal em Angola).

Não restam, por isso, quaisquer dúvidas de que os lucros distribuídos à XPTO, SGPS, S.A. pela XPTO ZFM, LDA. foram sujeitos a uma *tributação efectiva*, ainda que em estádios anteriores da cadeia de participações, impondo-se, nesta medida, a aplicação, na esfera daquela sociedade, do regime previsto no artigo 51.º do Código do IRC, sob pena de, sobre os referidos rendimentos, vir a incidir uma nova (dupla) e indesejada tributação.

## CONCLUSÕES

O regime vertido no artigo 51.º do Código do IRC é um regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos que se destina a assegurar que, em determinadas condições, os mesmos lucros – enquanto realidade económica – não sejam tributados mais do que uma vez. Subjacente a este instituto está, como vimos, uma preocupação de defesa da neutralidade fiscal, de incentivo à distribuição de lucros entre sociedades e de fomento ao investimento.

Neste sentido, questionado o alcance do requisito *objectivo* e do conceito de *tributação efectiva* vigente no intervalo temporal que mediou a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho e o início de vigência da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, a propósito deste regime, concluímos que os mesmos não devem ir ao ponto de impor que a *tributação efectiva* apenas se considere verificada se especificamente em sede de IRC ou de outro dos impostos referidos no artigo 2.º da Directiva 90/435/CEE, porquanto, além de outras razões, tal configuraria um indesejado entrave à internacionalização dos grupos económicos portugueses e a uma inadmissível discriminação entre residentes e não residentes e a uma restrição aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e os países terceiros, que é

proibida pelo artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, além de violar o sentido literal das normas nacionais aplicáveis e o teor de diversas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia a respeito desta matéria.

## BIBLIOGRAFIA

- Samuel ALMEIDA, *A eliminação de dupla tributação económica dos dividendos e do Imposto Sucessório por avença no Orçamento do Estado para 2002*, Fiscalidade n.º 11, pp. 55 e ss.
- Rui CAMACHO PALMA, *A tributação defectiva*, Fiscalidade n.º 42, 53-66.
- Ana Paula DOURADO, *O princípio da legalidade fiscal na Constituição Portuguesa*, Ciência Técnica Fiscal n.º 379, 49-97.
- Karl ENGISCH *Introdução ao Pensamento Jurídico*, (tradução e prefácio de Baptista Machado), 5.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 142.
- Casalta NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, Almedina.
- Freitas PEREIRA, *Sentido e alcance da expressão “entidades (...) sujeitas e não isentas de IRC” constante do n.º 1 do artigo 45.º do Código do IRC*, Parecer n.º 101/90, Ciência e Técnica Fiscal n.º 361, pp. 350 e ss.



- Manuel PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1984, pp. 70 e ss..
- Mónica RESPÍCIO GONÇALVES, *Grupos de sociedades e dupla tributação económica*, Fiscalidade n.º 42, pp. 103 e ss.
- António ROCHA MENDES e Miguel CORREIA, *Alterações aos mecanismos para evitar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos e o seu impacto no comportamento das empresas*, Fiscalidade n.º 42, pp. 73 e ss..
- Paula ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional. Do paradigma clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 151 e ss.
- Nuno SÁ GOMES, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Ciência e Técnica Fiscal n.º 359, pp. 46 e ss.
- Saldanha SANCHES, *Manual de direito fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Francisco SOUSA DA CÂMARA, *O regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de diferentes Estados-Membros da Comunidade Europeia (comentário à Directiva 90/435/CEE)*, Fisco n.º 43/44, 40-58.

- Francisco SOUSA DA CÂMARA e Bruno SANTIAGO, *O novo regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos: o artigo 51.º n.º 10 do Código do IRC*, Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume e IV, Coimbra Editora, pp. 764 e ss.
- Saldanha SANCHES e João TABORDA DA GAMA, *Provisões no âmbito de seguros unit-linked e dupla tributação económica*, Fiscalidade n.º 33, pág. 25 e ss.
- Klaus VOGEL, *Double Taxation Conventions – A Commentary to the OECD-UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital – With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3ª ed., Kluwer Law International, London, 1997.
- Alberto XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, I, Lisboa, 1981, pp. 220 e ss..
- Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 33 e ss..

## ACÓRDÃOS

- Acórdão Denkavit, C-283/94, C291/94 e C-292/94
- Acórdão TJCE Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, parágrafo 47.
- Acórdão TJCE X & Y, C-435/00, parágrafo 49
- Acórdão TJCE Futura Participations e Singer, C-205/95, parágrafo 26
- Acórdão TJCE Marks & Spencer, C-446/03, parágrafo 35
- Acórdão TJCE Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, parágrafo 47.
- Acórdão TJCE Test Claimants, C-524/04, parágrafo 73
- Acórdão TJCE Lammers & Van Cleeff NV, C-105/07, parágrafo 26 e ss.